

Cambios normativos en la realidad de la extranjería en nuestro país: la nueva Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

Joaquín María RIVERA ÁLVAREZ*

Resumen

La actual Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social ha supuesto una reforma del marco legal en el que viven los inmigrantes no pertenecientes a la Unión Europea en España. El legislador plantea como política de integración el reconocimiento de múltiples derechos sociales por el simple empadronamiento sin necesidad de residir legalmente. Ello evita situaciones de abuso y marginalidad. Por otra parte, aplica a los procedimientos para conseguir visados y permisos de residencia y estancia las normas generales del procedimiento administrativo común, logrando aumentar las garantías jurídicas de estos ciudadanos tanto en España como fuera.

Sin embargo, la Ley se debe criticar ya que los mecanismos de control migratorio planteados ya han demostrado su ineficacia y, especialmente, los sistemas de regularización de la inmigración ilegal plantean ya un verdadero problema de orden público en la frontera con África.

Abstract

The present organic law, concerning the rights and liberties of foreign people and their social integration, has made a legal reform on the basis of how non European immigrants live in Spain. The lawmakers establish as an integration policy the acknowledgement of several social rights, by conducting a census and without the necessity of providing a legal residence. That issue avoid and abuse situations. On the other hand, the law applies the common administration 's proceeding for obtaining visas and permissions. That policy manages to increase the legal guarantees here and abroad.

Nevertheless, the law has to be criticised because its planned migratory control's mechanisms has already demonstrated its inefficiency and, particularly, the state of its illegal immigration regularisation which in nowadays is an important problem in the borders between Spain and Africa.

1. Introducción

La anterior Ley Orgánica 1/1985, de 7 de julio ha sido recientemente reformada por la Ley Orgánica 1/2000, de 11 de enero, sobre derechos

y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Dichas normas establecían la regulación general de la extranjería dado que, por diversas razones, hay diferentes regímenes especiales que necesitarían de una

* Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la EUTS. Departamento de Derecho Civil.

explicación aparte: la de los ciudadanos comunitarios y asimilados¹, la de los refugiados y asilados² y la de personal diplomático, consular de otros países, personal de misiones y delegaciones de países extranjeros antes Organismos intergubernamentales u Organizaciones internacionales con sede en España o conferencias intergubernamentales que se celebren en España.

La reforma legal ha pasado diversas vicisitudes en las Cortes Generales. Originariamente hubo dos Propositiones de Ley que el Grupo catalán y de Izquierda Unida presentaron en el Congreso el 2 de abril y 18 de marzo de 1998 —sin perjuicio de otra proposición del Grupo mixto—. Estas se reunificaron, con el apoyo del Gobierno y su grupo en el Congreso, con el fin de lograr llevar el cambio de la Ley Orgánica 1/85. El texto fue ampliamente discutido en el Congreso, recogiendo no pocas enmiendas de los grupos socialista y popular. Sin embargo el texto consensuado, posteriormente, sufrió el embate en el Senado del Grupo popular, sin que se lograra su enmienda, dada la exigencia de una mayoría absoluta que el partido gubernamental no tenía en el Congreso. Por todo ello, es por lo que el sistema implantado no tiene la aprobación completa del Gobierno. Es probable que, dada la nueva mayoría absoluta del Partido Popular, pueda sufrir una modificación temprana, sin perjuicio de que en su desarrollo reglamentario puedan modularse muchas de las cuestiones en donde se ha mostrado la disconformidad.

A pesar de la muy probable modificación, teniendo presente las 105 enmiendas que se recogen en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado) de 10 de diciembre de 1999, Serie III b) Propositiones de Ley del Congreso de los Diputados, Núm. 44, vamos a realizar un comentario que recoja esencialmente las reformas y los problemas que plantean, así como el régimen de regularización que se plantea.

2. La reforma del régimen de derechos y libertades de los extranjeros en España como forma de lograr su integración social

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se instrumenta como un medio para facilitar e impulsar la integración social de los inmigrantes, ya sean legales o ilegales. En este punto, el legislador pretende lograr «la superación de una concepción normativa de extranjería (...) excesivamente focalizada en el control de los flujos migratorios». Frente a ello, se procura como la más eficaz forma de integración el reconocimiento de derechos a los extranjeros y su igualdad respecto a los españoles y ciudadanos comunitarios³.

La integración social de los inmigrantes se plantea como una línea de acción política y social desde muy temprana fecha en nuestro Parlamento⁴. Sin embargo, la LO 1/1985, de 7 de julio, diferenciaba claramente a los

extranjeros residentes legales e ilegales; y sólo con relación a los primeros se pretendía «desarrollar un amplio programa de acciones de promoción e integración social... en particular en materia de empleo, formación, vivienda, sanidad y protección social». Por el contrario, con relación a los ilegales, sólo trataba de desarrollar una política más encaminada a resolver el problema del control a través de la canalización de los flujos con la formación de los contingentes, mejora de gestión administrativa y regularización de población. Medidas que, en tanto no logren la legalización, permitieron que una masa de ciudadanos se mantuvieran en la explotación laboral y marginalidad. De ahí que en una serie de Acuerdos de 1997 y 1998 de las fuerzas parlamentarias, con el consenso de las demás fuerzas sociales, se pretendiera la modificación de la Ley con objeto de superar esa diferencia y la centralización de la Ley sobre los aspectos de control migratorio.

2.1. Antes de entrar en la explicación de la Ley Orgánica, estudiaremos cuál es el sistema que se predica en la Constitución. A partir del art. 13.1 de la Constitución y su interpretación por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, es un hecho incontestado que los extranjeros gozan en nuestro país de los mismos derechos y libertades que los españoles. Sin embargo, distinguimos tres estados en el reconocimiento de éstos. Hay, en primer término, una serie de derechos que configuran lo que se denomina por la doctrina internacionalista «estándar mínimo»

y que se disfrutaban en condiciones de plena igualdad. Así lo afirma la jurisprudencia asentada por la Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, del Tribunal Constitucional —véase también la 130/1995, de 11 de septiembre—, que considera integrantes en ese conjunto: el reconocimiento de la personalidad, el derecho a la vida e integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, religiosa o de culto, el derecho a la seguridad y libertad, el derecho a la libertad de expresión, creación y comunicación, la tutela judicial efectiva y otros imprescindibles para la garantía de la dignidad de la persona humana. Este núcleo de derechos y libertades debe reconocerse a los extranjeros, sean legales o ilegales. De ahí que nuestro legislador no se haya preocupado de tratar dichos derechos, porque de hacerlo podrían plantearse problemas de contradicción con nuestra Constitución y con nuestros compromisos internacionales a través de los cuales se interpretarán nuestras normas (art. 10.2 de la C.E.). Otros derechos y libertades —sobre todo de relevancia social y económica— se condicionan a lo que se disponga en la ley, los convenios internacionales, o resulte del principio de reciprocidad internacional. Precisamente, veremos que son desarrollados en el articulado de la Ley de Extranjería en consonancia con lo dispuesto por los arts. 53.1 y 81.1 de la Constitución. Por último, también se indica en el art. 13.2 de la C.E. que los extranjeros no tienen derecho a la participación política (art. 23 de la C. E.) «salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por

tratado o ley para el derecho de sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales». Sin embargo, mejor será decir que dicho derecho al voto activo y pasivo se limita a los extranjeros al permitirles sólo participar en las elecciones municipales cuando así lo permita un convenio o el principio de reciprocidad.

2.2. A partir de lo expuesto, nuestro legislador ha pretendido en la Ley la igualación de los extranjeros con los nacionales. No obstante, conviene no tirar las campanas al viento ya que el art. 3 de la Ley modaliza dicha declaración diciéndonos que el goce de los derechos del Título I de la Constitución se hará «en los términos establecidos en esta Ley Orgánica»; regla que condiciona la igualdad, sobre todo respecto al derecho a la entrada, salida, libre circulación y residencia en nuestro territorio. Es decir, se ha ido más lejos de la declaración de nuestro art.13.1 de la Constitución⁵ y del art. 27.1 del Código Civil —que parte de la igualdad de derechos civiles y condiciona éstos a lo dispuesto en la Ley y Convenios— al extender el principio de igualdad de derechos políticos y permitir frente a cualquier ataque al principio de igualdad una protección jurídica reforzada, con las limitaciones que veremos. Por otra parte, nuestro Estado se vincula positivamente al respeto de los derechos y libertades tal y como son interpretados por los instrumentos internacionales —expresamente, en el art. 3.2. de la Ley se recoge la Declaración Universal de los Derechos Humanos—, lo que limita los poderes discrecionales que tiene no

sólo nuestra Administración, sino todos los Poderes Públicos —lo cual es perfectamente consonante con el Tratado de Amsterdam—. En este punto considero que se trata de una aplicación progresiva del art. 10.2 de la C.E que tiene gran relevancia por cuanto posibilita que, en caso de no ser protegidos por nuestro Tribunales, los extranjeros puedan recurrir a los Tribunales Internacionales; como es el caso, por ejemplo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así, esta declaración de igualdad cobra realmente importancia en el Capítulo IV del Título I, «De las medidas antidiscriminatorias». Dicho capítulo tiene dos artículos 21 y 22 que pretenden delimitar lo que es discriminación a los efectos de la Ley, así como los actos que la constituyen, tanto directa como indirectamente. Dichos actos discriminatorios se tipifican como conducta sancionable por la propia ley (art. 50.d)⁶ sin perjuicio de su sanción en los arts. 314, 510 a 521 del Código Penal.

Todo acto de discriminación puede ser atacado tanto por las vías de protección jurisdiccional ordinaria como por vías de protección constitucional al integrarse dentro del sistema del art. 14 de la Constitución. De ese modo tiene la tutela judicial privilegiada del art. 53.2 de la Constitución: es decir, permitiendo que dichos actos tengan un control jurisdiccional especial, ya sea en los Tribunales ordinarios por virtud de los medios de la Ley 68/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, los del Título V de la Ley 29/1998 que regula la juris-

dicción contencioso administrativa y los del Capítulo XI del Real Decreto Legislativo 2/1995, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, o del recurso de amparo del art. 53.2 de la C.E.

2.3. Nos interesa ver la mejora de la nueva ley en comparación con la LO 1/1985 en una serie de concretos derechos y libertades. Primero compararemos las normas de la ley antigua y de la ley nueva para ver sus diferencias. Así destaca:

A) En cuanto a la participación política se permite que los extranjeros residentes puedan ser titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, «en los términos que establezcan las leyes y los tratados». En este punto, la norma cambia la dicción del art. 5, 1 y 2 de la antigua Ley que mantenía una enunciación negativa del derecho, salvando el supuesto de las elecciones municipales. La regla derogada, sin embargo, tenía mayor perfección técnica ya que el nuevo artículo 6 se olvida de mentar que la cesión de soberanía que implica que ciudadanos extranjeros puedan votar y ser votados se basa en el principio de reciprocidad internacional. Olvido que no implica que la norma parta de otra realidad que no sea la determinada en el art. 13.2 de la Constitución. Por otra parte, poniendo en relación los párrafos 1 y 2, se entiende que los ciudadanos extranjeros para poder ejercer su derecho han de estar empadronados y tratarse de inmigrantes legales —si bien, se obliga a los Ayuntamientos a inscribir en el

Padrón todas las personas, tengan o no regularizada su situación en España, sin embargo, difícilmente el ilegal planteará su derecho ni estará provisto de los documentos necesarios—.

Aquellos residentes empadronados que no puedan participar por virtud de la aplicación del principio de reciprocidad, podrán nombrar representantes «con la finalidad de tomar parte en los debates y decisiones municipales que les conciernen». La participación política deberá esperar a la reforma de la legislación local, sin perjuicio de arbitrase otras vías de participación ciudadana en la actualidad (arts. 18, 69 a 72 de la Ley 7/1985 de 2 de julio). La extensión de la dicción del artículo que parece permitir, a pesar de no tener derecho de sufragio, participar políticamente es criticable, conviniendo que era mejor la redacción del Proyecto de Ley del Senado que indicaba que la participación cívica de estos ciudadanos era a los efectos de ser oídos en los asuntos que les afecten (no conviene olvidar que una enmienda del Grupo Popular del Senado pretendió la supresión de esta norma).

B) El derecho de reunión y manifestación, el de asociación, el de educación —ya extendido por el art. 10.3 la LO 1/1996, de 15 de enero—, la libertad de enseñanza, la libertad de sindicación y huelga no están condicionados a la residencia legal en nuestro territorio como pasaba en la anterior Ley⁷. Entremos en cada una de las normas que se recogen en el nuevo texto.

Fiel a su espíritu no discriminatorio, el art. 7 de la Ley suprime la necesidad de una autorización previa en el caso de promoción de «reuniones públicas en local cerrado o en lugares de tránsito público, así como manifestaciones» que originariamente tenía la antigua ley, entendiendo que, como cualquier ciudadano, debe comunicar previamente a la autoridad la celebración de dichos actos, tal como se fija en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión. En cuanto al derecho de asociación conviene precisar que, si bien puede integrarlas todo extranjero, la Ley sí indica que los promotores deben ser residentes, se entiende legales (art. 8)⁸.

También la Ley es respetuosa con los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos y leyes de protección de menores. Así, en consonancia con el art. 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y art.10.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, reconoce a favor de los menores de edad el derecho a la educación. Este derecho comprende, en las mismas condiciones que los nacionales, el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica y al acceso al sistema público de becas y ayudas. Fuera de la enseñanza básica tienen derecho a su acceso a niveles tanto inferiores como superiores así como a la obtención de títulos y acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles (art.9). Se debe entender este derecho

a la educación separadamente de la autorización que, para la realización de estudios, deben conseguir el ciudadano extranjero para permanecer en nuestro territorio y que está condicionada a la admisión en un centro docente, público o privado oficialmente reconocido (art. 40).

Se configura el trabajo como un derecho del extranjero condicionado a «los términos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen» (Art. 10.1). Esta regla, junto con las de los arts. 11,14 y 33.3 de la Ley modifica la anterior situación legal del trabajador extranjero, ya que sólo permitía a los residentes legales con permiso de trabajo afiliarse a la Seguridad Social, ser tenido por trabajador con contrato válido, sin perjuicio de sus derechos económicos y afiliarse a un sindicato u organización profesional de su elección y ejercitar el derecho de huelga, tal como se indicaba en el art. 10 de la LO 1/1987. A partir de lo expuesto en la Ley se entiende que el contrato de trabajo, haya o no permiso de residencia y/o trabajo, permanece válido a los efectos de los derechos que en el mismo se reconocen⁹. Todo ello excepto los derivados del sistema de la Seguridad Social por cuanto que condiciona el acceso a «las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles» a su residencia legal (art. 14.1).

Por último reconoce la ley que los extranjeros podrán acceder como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (art. 10.2 de la Ley) y, también, con indepen-

dencia de su situación legal, el derecho a sindicarse libremente o afiliarse a una organización empresarial, así como al derecho de huelga, de acuerdo con las leyes que desarrollen tales derechos (art. 11 de la Ley)¹⁰.

C) Algunos derechos han aparecido «ex novo» en esta Ley Orgánica. Así:

a) El derecho a la asistencia sanitaria y el derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda se reconocen a los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el Padrón del municipio en que residan habitualmente. Se hace dicho reconocimiento en las mismas condiciones que a los españoles.

En relación a la asistencia sanitaria se ha derogado el art. 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad que la condicionaba a la residencia legal¹¹ del extranjero. No están limitadas al requisito de empadronamiento: la asistencia sanitaria de menores de edad, reconocida en el art. 10.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero; la asistencia sanitaria a las embarazadas, desde el embarazo hasta el postparto que había surgido como compromiso de los Estados en el art. 24 de la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ratificada por nuestro país el 30 de noviembre de 1990¹²; y la asistencia sanitaria de urgencia que permanece, una vez atendido, hasta la situación de alta médica (art. 12).

b) En cuanto al derecho a las prestaciones sociales y servicios socia-

les, tanto generales y básicos como a los específicos, condiciona su acceso a la residencia, se entiende regular, del extranjero en nuestro territorio. No obstante, el art. 14.2 concede a los ilegales el derecho a las prestaciones básicas —es decir de carácter vital—. En este punto la Ley se ha olvidado de los menores inmigrantes que, a tenor del art. 10 de la LO 1/1996, de 15 de enero, tendrían derecho pleno a tales servicios, entendiéndose que la situación de irregularidad de su residencia de por sí implica un riesgo cierto.

c) Reconoce el art. 16 el derecho a la vida e intimidad familiar; de lo cual se deriva, en el párrafo 2, que se reconozca el derecho al reagrupamiento a los familiares¹³, sin que una posterior ruptura del vínculo matrimonial pueda suponer la pérdida de la residencia, como indica el párrafo tercero¹⁴. La ley modifica el sistema de visados de residencia y renovación de permisos para el reagrupamiento familiar del RD 155/1996, de 2 de febrero, de modo que, probada la convivencia de un año y que el residente legal tenga autorización de otro año en España, no hay mayor impedimento para su obtención de los visados y permisos que el de la prueba del grado de parentesco y circunstancias vista en el art. 17 de la Ley; así como para su renovación no se tiene en cuenta que la ruptura del vínculo ya que no es causa de renovación o extinción. Por otra parte, el cónyuge o hijo de extranjero residente no está condicionado por la disponibilidad del contingente para obtener el permiso de trabajo cuando tengan una oferta o con-

trato individualizado de trabajo (art. 38.2.b)¹⁵.

d) Se establece a favor de todo extranjero el derecho a una tutela judicial efectiva¹⁶. Supone dicho derecho el acceso a los tribunales y la utilización de los recursos que establece el legislador, el derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho, así como a su ejecución, derecho de defensa, que se concreta en el art. 20 a través del reconocimiento de la asistencia jurídica y de un intérprete de oficio en los procedimientos administrativos o judiciales que pueden llevar a la denegación de su entrada o a su expulsión o salida obligatoria y en todos los procedimientos en materia de asilo. También, en los procedimientos administrativos, se mantiene el régimen general de derechos y garantías jurídicas en la formación de los actos administrativos, el sistema de recursos y ejecución del acto administrativo que se señala en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, «salvo lo dispuesto sobre el procedimiento de expulsión de urgencia que se regulará por lo dispuesto en esta Ley Orgánica»¹⁷(art. 19); regla que garantiza a los extranjeros un régimen administrativo muy parecido al de los españoles. Esta asistencia jurídica se extiende a todas las demás incidencias jurídicas a favor de los inscritos en el Padrón del municipio que «acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar», en las mismas condiciones

que los nacionales —a salvo debe quedar la previsión del art. 2 e) y f) de la L 1/1996, de 10 de enero que permite la asistencia jurídica gratuita, acreditando insuficiencia de medios, a los no residentes en el orden jurisdiccional penal y de solicitud de asilo—.

3. Cambios legislativos en el régimen de entrada, estancia, residencia y trabajo del extranjero en España

3.1. El régimen de entrada y salida, de estancia, residencia y trabajo de los extranjeros en España configura a favor de los mismos no derechos subjetivos sino expectativas de derecho a partir de la reunión de una serie de requisitos o condicionantes¹⁸. En este campo nuestra Administración actúa de acuerdo con el derecho administrativo general tal como nos indica la nueva Ley Orgánica, pero manteniendo amplias esferas de discrecionalidad y no pocas especialidades procedimentales.

Discrecionalidad no quiere decir decisión arbitraria, ya que, como veremos a continuación y en consonancia con lo expuesto en el art. 18.2 y 19 de la Ley, se adoptarán las decisiones respetando las normas y garantías establecidas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, permitiendo al extranjero la defensa de su expectativa de lograr la entrada y

posterior residencia y trabajo en nuestro país de acuerdo con un procedimiento en donde se respeten los principios de objetividad e igualdad. Pero entremos a comprobar sus manifestaciones para ver el cambio del régimen procedimental.

3.2. La entrada es un derecho que sólo se reconoce a los nacionales de un país internacionalmente, sin perjuicio del derecho a pedir asilo en otro país por ser perseguido¹⁹. Por lo tanto, la Ley impone al extranjero el cumplimiento de una serie de requisitos y posesión de una serie de documentos para poder entrar en nuestro territorio: 1.º) Pasaporte o documento de viaje válido en que se acredite la identidad del sujeto, sin perjuicio del derecho que se concede a los indocumentados por parte del artículo 31 de la Ley²⁰. 2.º) Acreditación de «medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España», para lo cual habrá de estarse a lo dispuesto reglamentariamente, sin perjuicio de tener en cuenta en la actualidad lo reglado en la Circular 3/1995, de 3 de marzo, de la Secretaría de Estado de Interior, que declara aplicable lo dispuesto en la Orden de 22 de febrero de 1989 del Ministerio del Interior. 3.º) No haber sido expulsado de nuestro territorio, mientras dure la prohibición de entrada, «así como tenga(n) prohibida la entrada en algún país con el que España tenga firmado convenio en tal sentido» (art. 24.1). 4.º) Visado, salvo el caso en que se trate de un nacional del país con el que España tenga suscrito un Convenio de exención de visado²¹ o que se esté

en un supuesto de la ley que exonere de la obtención de visado, como es el caso de ejercicio del derecho de reagrupamiento familiar.

Por lo que se ve la actual ley ha suprimido como exigencias: el deber de someterse a los reconocimientos médicos y a las medidas y controles que exijan los servicios sanitarios españoles (art.11.2 de la LO1/1985) y la especificación de los motivos del viaje (art.36 de RD 155/1996)²². Sin embargo conviene tener presente que, potestativamente, nuestro Gobierno puede autorizar la entrada en nuestro país a sujetos que no reúnan los requisitos antes vistos «cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España» (Art.23.4).

Si el extranjero pretendiera la entrada y se encontrare con que incumple los requisitos anteriormente manifestados, le será denegada la entrada «mediante resolución motivada», informándole sobre los recursos que cabe contra esta decisión, plazo y autoridad ante quien se formalice, proponiéndole la asistencia letrada, en consonancia con el art. 20.1 de la Ley²³. Si se logra la entrada ilegal se estaría ante un supuesto del art. 49 d) que llevaría aparejada, previo expediente, la expulsión (Art. 53), si no se lograra —supuesto de detención de la patera por los servicios de guardacostas— se procederá a la devolución sin expediente previo de expulsión (art. 54.2). En el caso de no poderse llevar a efecto en el plazo de 72 horas el retorno a su país de origen del extranjero, la autoridad gubernativa soli-

citará a la judicial la medida de internamiento. Tanto las resoluciones de denegación de entrada, como las de retorno o internamiento son recurribles «con arreglo a lo dispuesto en las leyes» —se entiende administrativas comunes—, así como en cuanto a su ejecutividad se estará a las normas generales del procedimiento administrativo. No obstante, nos dice el art. 59.2, que, «en todo caso, cuando el extranjero no se encuentre en España, podrá cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, o de organizaciones de asistencia a la emigración debidamente apoderadas, quienes los remitirán al organismo competente».

Antes de finalizar este punto conviene profundizar en la explicación sobre el visado. Dicho documento de viaje abre la entrada en nuestro país²⁴, salvo en los casos de exención de visado por convenio o por razones humanitarias, de interés público u otras —exención que no les eximirá de la necesidad de solicitar el permiso de residencia y/o trabajo—. Es más, quien pretenda entrar en nuestro país para una simple estancia o para la residencia o trabajo necesita tramitar en las misiones diplomáticas y consulares de España el visado; tramitación que «podrá» implicar la necesidad de personarse en la dependencia²⁵. La Ley establece que reglamentariamente se fijarán las causas que pueden motivar la denegación del visado. De este modo se presenta la misma denegación como

acto reglado, perdiendo su carácter tradicionalmente discrecional. A partir de lo cual, dice el párrafo 3 del art. 25 que «la denegación deberá ser expresa y motivada e indicar los recursos que procedan». Dicha exigencia supone un incremento del trabajo consular y diplomático puesto que, a partir del silencio de la ley sobre el efecto del acto presunto, y la fijación de un plazo de tres meses para resolver a contar desde la fecha de solicitud o en su caso, de la fecha de aportación de la documentación preceptiva (párrafo cuarto), se ha de deducir que de no resolverse el expediente de visado en plazo, los efectos serían estimatorios por silencio administrativo; es decir, si la Administración no contesta en plazo se entenderá que se nos ha concedido el visado (art. 43.2 de la LRJAP). Para permitir una cierta relajación en los casos que consideren oportunos, nos dice el párrafo 3 del art. 25 que «excepcionalmente y con carácter temporal, el Gobierno podrá establecer para los nacionales de un determinado país, o procedentes de una zona geográfica, supuestos en los que la denegación no ha de ser motivada»²⁶.

3.3. A partir de la posibilidad de entrada en nuestro territorio se distinguen tres situaciones que son conformes con lo dispuesto en el RD 155/1996, de 2 de febrero:

A) Estancia que es la situación en que se encuentra el extranjero que, sin permiso de residencia, está autorizado para permanecer en nuestro territorio por tiempo no superior a noventa días, que puede o prorrogarse por igual

tiempo como máximo o llevar al permiso de residencia, previa solicitud. La permanencia en nuestro territorio por más de tres meses después de no obtener o caducar la prórroga supone una infracción grave del art. 49.a) de la Ley que será sancionable mediante multa económica, originariamente; sin embargo el mantenimiento de la estancia puede originar, después de la imposición de tres faltas graves, la expulsión (art. 51.1 b), art. 50 f) y art.53 de la Ley)²⁷.

B) Residencia temporal que es la situación en la que, obtenido un permiso, autoriza la permanencia en nuestro país por período que va desde los noventa días hasta los cinco años. Aún concediéndose inicialmente un permiso por tiempo inferior, no obsta para la renovación del mismo «si concurren circunstancias análogas a las que motivaron su concesión». Los tipos, duración y prórrogas se fijan tradicionalmente por medio de Reglamento, sin embargo ya se ve una de las reformas de la Ley frente al Reglamento de ejecución de la LO 1/1985, en cuanto en su artículo 52 del RD 155/1996 se establecía la concesión del permiso de residencia permanente cumplidos seis años, sin perjuicio de poderlo obtener si se hubiera concedido un permiso de trabajo permanente por plazo inferior, se podía unir a éste la residencia permanente de cinco años.

Para poder concederse el permiso de residencia el solicitante tiene que demostrar o incorporar: a) en general, carecer de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el

ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial del Tratado de Schengen²⁸; b) si no va a realizar actividad lucrativa, la disposición de medios suficientes de vida para atender a los gastos de manutención y estancia de su familia por el tiempo en que lo solicita; c) si va a realizar una actividad por cuenta propia, la solicitud de licencias y permisos; d) si va a realizar una actividad por cuenta ajena, la oferta de contrato de trabajo ya sea individualizada ya mediante la oportuna concesión dentro del contingente anual. Todo ello, salvando el supuesto de reagrupamiento familiar en donde sólo se necesita la prueba del parentesco y condiciones fijadas en los arts. 16 y 17 de la Ley. Es importante considerar que, a pesar de que la Ley no sigue la dicción del antiguo 15 de la LO 1/1985, se debe considerar que la obtención del permiso de residencia depende, cuando se pretende realizar actividades lucrativas, de la del permiso de trabajo.

Interesa mucho hacer un comentario sobre el párrafo tercero del art. 29 ya que crea un sistema de regularización constante en el tiempo y legal para las personas que no tengan las condiciones del párrafo segundo. Así la norma nos dice que «igualmente podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de dos años en el territorio español, figure empadronado en un municipio en el momento en que formule la petición y cuente con medios económicos para atender a su subsistencia». La aplicación de la norma permitiría a la población inmigrante

en situación irregular, que se encuentre empadronada y pruebe la estancia ininterrumpida por 2 años, la obtención de un permiso de residencia con la finalidad de que busquen o reúnan los requisitos para trabajar. Precisamente, a partir de la obtención del permiso de residencia temporal se pueda conseguir un permiso especial de trabajo, de duración anual, siempre que se consiga una oferta de trabajo individualizada. Dicho permiso de trabajo es renovable en cuanto tenga las mismas circunstancias (art. 36.1).

Hay que criticar respecto a la obtención de este permiso de residencia temporal del art. 29.3 de la Ley que la simple solicitud permita a dicha población permanecer sin ser expulsada de nuestro territorio (art. 26.3.c) y que, al limitar las causas de expulsión la Ley (art. 53), aquél que se mantiene en nuestro territorio al agotar la estancia de 3 meses, su prórroga, cualquier tipo de permiso de residencia o su renovación y que, además, se encuentre «trabajando en España sin haber solicitado permiso de trabajo o autorización para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida» al no ser expulsado, salvo caso de reincidencia, lo único que tiene que hacer es procurar mantenerse fuera del alcance de las autoridades y fijar su residencia mediante el empadronamiento con objeto de llegar a tiempo a la regularización, procurándose la prueba de los medios económicos suficientes. Así, con un simple visado de estancia o turista, aún trabajando ilegalmente, el extranjero debe esperar dos años, empadro-

nándose y conseguir los medios económicos que la Administración considere suficientes para poder tener derecho a obtener el permiso de residencia y, posteriormente, el de trabajo. Sólo los que entren sin documentación o sin los requisitos exigidos pueden ser expulsados «ab initio» y no disfrutar de dicho régimen²⁹.

C) Residencia permanente que es la situación en la que, previa la obtención del permiso, se autoriza a residir en España indefinidamente y en las mismas condiciones que los españoles. Para ello, se habrá disfrutado anteriormente de una residencia temporal durante cinco años, sin perjuicio de que reglamentariamente se pueda, con carácter excepcional, establecer una serie de criterios que permitan que no sea exigible tal plazo en los supuestos de especial vinculación con España —véase el caso del art. 52.2 del RD 155/1996—. Esta concesión de la residencia permanente exonera de la obligación de obtención del permiso de trabajo (art. 39.2.e) de la Ley).

3.4. Como se ha indicado anteriormente, el extranjero que desee residir en nuestro país realizando una actividad lucrativa debe obtener, simultáneamente al permiso de residencia, la autorización para trabajar o el permiso. Dicha autorización o permiso que concede el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales puede ser:

A) Para la realización de trabajos por cuenta propia, exigiendo para la concesión de una autorización para trabajar: 1.^º) Si se pretende la realización

de actividades, en calidad de comerciante, industrial, agricultor, o artesano, haber solicitado la autorización (licencia) correspondiente y cumplir con los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada (art. 34). 2.º). Si se ejercita también una profesión que exija una titulación especial, el permiso se condiciona a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente (art.33.2). La falta de autorización para trabajar por cuenta propia supone, por si misma, la comisión de una infracción del art. 49.b) de la Ley, sancionable con multa pecuniaria (art.51.1.b).

B) Para la realización de trabajos por cuenta ajena se exige al extranjero un permiso de trabajo que tendrá una duración inferior a cinco años y podrá limitarse a un determinado territorio, sector o actividad. La concesión del permiso depende de la situación nacional de empleo. Para canalizar los flujos migratorios, el Gobierno fija anualmente, previa audiencia del Consejo Superior de Política de Inmigración y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, el contingente de mano de obra, con establecimiento de número y características de las ofertas de empleo que se ofrecen a los trabajadores extranjeros no residentes en España, con indicación de los sectores y actividades profesionales. De ese modo, el ciudadano extranjero no tiene por qué buscar individualizadamente la oferta de trabajo, sino que le es suministrada dicha información por los canales diplomáticos y con-

sulares oportunos. A partir de dicha oferta genérica, él presenta su solicitud de visado y permisos, teniendo presente el perfil de los candidatos y las características y requisitos que se le expongan. Dicho proceso facilita el acceso de la residencia y trabajo, sin perjuicio de que se pueda obtener una oferta individual de empleo canalizada o no por el sistema de contingentes.

En el art. 37 se incorpora el sistema de contingente anual a la ley de extranjería en muy parecida forma a la detallada en el art. 70 del RD 115/1996, de 2 de febrero. Sólo se diferencia en que, primero, se dirige exclusivamente a los extranjeros que se encuentren fuera de nuestro territorio —los que lo estén irregularmente tendrán el recurso del art. 29.3—; segundo, es obligatorio anualmente; tercero, se establece previa consulta con el Consejo Superior de la Inmigración —nuevo organismo creado por el art.61—, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas³⁰. También en el art. 38 se establece una serie de situaciones en las que las ofertas de trabajo están fuera de las previsiones del contingente cuales son: las ofertas para puestos de confianza, para el cónyuge o hijo del extranjero residente, para la renovación de un permiso de trabajo, para montaje o reparación de una instalación o equipo productivo o para refugiados que hubieran perdido su condición durante el año siguiente. Todos estos sujetos no tendrán necesidad de hacer depender su permiso de la disponibilidad de plazas en el contingente (art. 38.2).

Como se ve, cualquiera que fuera la oferta de empleo, el empresario tendrá que solicitar y obtener la autorización previa para contratar trabajadores extranjeros. Requisito que seguramente se facilitará si tal empresario canaliza su oferta a través del sistema de contingentes, puesto que no tiene sentido duplicar el trabajo administrativo, por lo que, previsiblemente, la incorporación de la oferta en el contingente supondrá la autorización de contratación; fuera de este supuesto, se entiende que las ofertas individualizadas fuera del contingente necesitarán de la comprobación administrativa para poder admitirse, atendiendo a las circunstancias de empleo nacional o dadas unas circunstancias de reagrupamiento, especialidad técnica, confianza, etcetera.

A partir de la obtención del permiso de trabajo, éste podrá renovarse, atendiendo a las siguientes circunstancias: 1.º) Si persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron la concesión inicial o cuando se cuente con una nueva oferta en los términos que se fije reglamentariamente; 2.º) Si el inmigrante disfruta de una prestación contributiva por desempleo, durante su duración; 3.º) Si es beneficiario el extranjero de una prestación asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma³¹. A partir del cumplimiento de los cinco años del permiso de trabajo se convertirá éste en permanente. Cualquier renovación del permiso permitirá el trabajo sin limita-

ción sectorial, geográfica o de actividad.

Supuestos especiales de permiso de trabajo son: a) el caso contemplado en el art. 36.1 respecto a aquellos que obtuvieron un permiso de residencia temporal sin cumplir con los requisitos señalados en el párrafo segundo del art. 29. En dicho caso, el permiso de trabajo es anual y se renovará en tanto que se mantengan las circunstancias; es decir, en tanto que, dada una oferta autorizada de empleo y consiguiente contrato, el extranjero mantenga su contrato o posibilidad de trabajo durante el año siguiente; b) el caso de los trabajadores de temporada, que serán autorizados de acuerdo con las características de las campañas a la entrada y salida del territorio (art. 41); c) el caso de los trabajadores transfronterizos que, residiendo en zona limítrofe a nuestro territorio, desarrollan su actividad en España regresando diariamente o, al menos, una vez a la semana, para lo cual deberán proveerse de una autorización administrativa con los presupuestos vistos anteriormente; d) el caso de los estudiantes que pueden realizar actividades remuneradas bajo el régimen de colocación «au pair» o para la realización de trabajos a tiempo parcial o duración determinada, en la medida que no limite la prosecución de estudios.

Por último, señala el art. 39 una serie de supuestos en donde no es necesario el permiso de trabajo para la realización de actividades —y por lo tanto tampoco será necesario que el empresario solicite la autorización pre-

via para contratar—. Destacan entre otros, los casos de : a) los españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española; b) los extranjeros casados con español o española y que no estén separados de hecho o de derecho; c) los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española; d) los extranjeros nacidos y residentes en España; e) los extranjeros con autorización de residencia permanente.

El trabajo en España de extranjeros, sin haber solicitado permiso de trabajo o autorización administrativa, supone una infracción administrativa que, dependiendo de que se cuente o no con autorización de residencia válida, es calificada como grave o leve por la ley. Implicando exclusivamente una sanción económica de multa que, salvo que concorra con la comisión de una tercera infracción en el plazo de 2 años, no lleva aparejada la expulsión, como se preveía en el art. 26.b) de la LO 1/1985, aún cuando se hubiera obtenido un permiso de residencia³². Por otra parte, con independencia de las infracciones y sanciones de orden laboral que inciden también en este campo, el empresario que contrate o utilice habitualmente trabajadores extranjeros «sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización para contratarlos», incurre en una infracción muy grave del art. 50.f de la Ley, sancionable con una muy fuerte multa pecuniaria de uno a diez millones de pesetas (art. 51.1.d) de la Ley).

Tanto las solicitudes de renovación del permiso de residencia como de

trabajo se deben resolver en el plazo máximo de tres meses a contar desde el día siguiente de la presentación de la solicitud. En el caso de que no se haya dado respuesta en dicho plazo por la Administración se entenderá concedida la renovación (Disposición Adicional única).

3.5. La salida del territorio nacional puede hacerse libremente por los extranjeros siempre y cuando :

1.º) No se tengan cuentas pendientes con la justicia española —teniendo presente que, igual que ésta puede expulsar al extranjero no residente legalmente que haya sido condenado con pena privativa de libertad inferior a seis años o superior, siempre que haya cumplido tres cuartas partes de la condena, a instancia del ministerio fiscal (art. 89 del Código Penal), se puede imponer, como a cualquier otra persona, una medida cautelar de carácter personal como es la prohibición de salida del territorio durante la instrucción y juicio en caso de comisión de un delito.

2.º) Excepcionalmente, el Ministerio de Interior podrá prohibir la salida del territorio español por razones de seguridad nacional o de salud pública con carácter individual. Es interesante comprobar cómo nuestro legislador mantiene la previsión del art. 21.4 de la LO 1/1985, si bien limitando sus razones ya que no puede imponerse por exigencias de orden público o de protección los derechos y libertades públicas. Habrá de esperarse al desarrollo reglamentario para ver cómo se conjugan el

desarrollo del precepto ya que el art. 82 del RD 155/1996, vigente en cuanto no contradiga la presente ley, señala los siguientes casos: extranjeros encartados en procedimiento judicial por comisión de delitos, condenados a los que no se hubiera expulsado conforme al art. 89 del Código Penal, los reclamados y detenidos para extradición a sus respectivos países, o aquellos que padezcan enfermedades contagiosas.

Por otra parte la salida será obligatoria en los siguientes supuestos: a) Expulsión por orden judicial a tenor de lo dispuesto en el art. 89 del Código Penal. También un supuesto particular de expulsión administrativa es la prevista en el art. 53.3 de la Ley que permite que el juez autorice la salida del extranjero que se encuentre encartado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años; b) Denegación administrativa de las solicitudes para continuar permaneciendo en territorio español; c) Expulsión o devolución acordados por resolución administrativa. Deteniéndonos en el caso de expulsión administrativa, se trata de una medida adoptada en virtud de un procedimiento sancionador previsto en el Título III de la Ley, en cuyo caso la medida de expulsión se toma previo expediente. Sin embargo, no procederá la expulsión, salvo reincidencia en las infracciones muy graves, en los casos de sujetos previstos en el art. 53.2³³. La expulsión lleva aparejada la prohibición de entrar en territorio español por período mínimo de tres años y máximo de diez.

4. Proceso de regularización de extranjeros de la Disposición Transitoria Primera de la Ley

Con independencia de los dispuesto en el art. 29.3 de la Ley, la disposición arbitra de forma tradicional y con carácter excepcional un proceso de regularización. Nos dice la regla: «El Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá el procedimiento para la regularización de los extranjeros que se acrediten en territorio español antes del 1 de junio de 1999 y que acrediten haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o de trabajo o que lo hayan obtenido en los tres últimos años».

Como se ve, comparando esta disposición, con las de la LO 1/1985, de 1 de julio, Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de junio de 1991 y RD 155/1996, de 2 de febrero, de nuevo se ha extendido la regularización a otras capas de población ilegal. En este caso, además de los que hubieran obtenido el permiso de residencia o trabajo en los últimos años, se incorporan los que solicitaron simplemente dichos permisos antes del 31 de marzo de 2000 y acreditan estar en nuestro territorio antes del 1 de junio de 1999. Una Resolución de 20 de marzo del 2000 de la Dirección General de Política Interior del Ministerio de Interior y de la Dirección General de Migraciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en donde se publican las instrucciones para el proceso de regulari-

zación, fija en su Instrucción Segunda 2.3. un buen número de documentos que pueden ayudar a la prueba de la estancia anterior al 1 de junio de 1999: pasaporte o documento de viaje sellados, autorizaciones municipales para actividades por cuenta propia, certificados de empadronamiento o residencia, certificaciones bancarias, contratos de arrendamiento de inmuebles debidamente registrados, licencias fiscales, declaraciones fiscales, póliza de seguro médico privado, etc.

Dando cumplimiento a la norma, se creó el RD 239/2000, de 18 de febrero, que establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la Disposición Transitoria Primera de la Ley. En esta disposición, además de los grupos vistos anteriormente, se incorporan los «extranjeros que hubieran formalizado la solicitud de asilo hasta 1 de febrero de 2000, inclusive, y cuya petición se encuentre en trámite o hubiera sido desestimada», «los familiares de los extranjeros que hubieran sido titulares de un permiso de residencia y/o trabajo», «los familiares de los extranjeros que residan legalmente en España que se encuentren en el art. 17 de la Ley», «los familiares de residentes comunitarios o de españoles que no posean la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de las Comunidades Europeas». El Plazo de presentación de solicitudes de regularización va desde el 21 de marzo del 2000 hasta el 31 de julio del 2000. La regularización posibilita para la obtención de permiso de trabajo y residencia de tipo b) (inicial), sin restricción de tipo

geográfico, sectorial o profesional, salvo anterior permiso, en cuyo caso tendrán derecho a uno más favorable.

5. Conclusiones

5.1. La ampliación del campo de protección objetiva y subjetiva de los derechos y libertades de los extranjeros ha de verse como un punto positivo de la ley que permitirá, mediante la extensión a capas ilegales de inmigración de los derechos, su integración social en nuestro territorio y evitarán el mantenimiento de situaciones de marginación. Sin embargo, convenía haber tenido presente el coste económico de tales medidas con anterioridad a la exposición de la ley, pues una de las críticas a la misma incide en la falta de previsión del aumento de los costes asistenciales en los programas de servicios sociales, médicos, educativos.

5.2. Es positiva la configuración legal del régimen de entrada, estancia, permanencia, trabajo y salida, respetando las garantías jurídicas establecidas para el procedimiento administrativo común. Con ello se logra que esta parte del derecho administrativo sea considerada como tal, con independencia del mantenimiento de cierta discrecionalidad de la ley.

5.3. El mantenimiento del sistema de contingentes, a la vista de los problemas de regularización y fraude, no ha sabido canalizar adecuadamente los flujos migratorios ya que, con independencia de que la oferta pueda ser mejorada técnicamente, lo cierto es

que dichos flujos progresan sin atender, previamente, a las llamadas u ofertas institucionales. En función de lo dicho, el sistema de contingentes se ve como un recurso alternativo y nunca central en el sistema nacional. Este sistema permite que el extranjero logre conocer la oferta de trabajo nacional en su territorio y antes de proceder a realizar cualquier viaje o desplazamiento. Sólo opera cuando no hay regularizaciones y se separa del procedimiento general de la ley, a través del cual, si bien más dificultosamente, se logra el mismo objetivo.

5.4. Por otra parte, las regularizaciones que se ofrecen en esta Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, rebasan la extensión y contenido de las anteriormente reguladas. Es profundamente criticable que se ofrezca en el art. 29.3 de la Ley como método más para la obtención del permiso temporal de residencia pues promueve la situación de ilegalidad y el fraude. Por otra parte, si se ven los periódicos nacionales, durante estos últimos 5 meses, se comprueba que la regularización de la Ley está rebasando las pretensiones de nuestro Gobierno y de nuestro Legislativo. Actualmente se ha multiplicado la llegada de inmigración ilegal a nuestro país con objeto de pretender el permiso de residencia y trabajo que, más tarde o más temprano, lograrán su legalización. Esta política legislativa, unida a la restricción de las causas de expulsión y reconocimiento de derechos a favor de los extranjeros —punto en donde nos manifestamos en general pro-

fundamente de acuerdo— están creando gran conflictividad en capas de nuestra población. Esto da lugar a situaciones de racismo y xenofobia. Por lo tanto, convenía que se hubiera procurado legislar con mayor cuidado.

Notas

1. El régimen de los extranjeros comunitarios «y aquéllos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario» es especial como señala el art. 1.2 de la actual Ley, y esta regido actualmente por el RD 766/1992, de 26 de junio, modificado por el RD 737/1995, de 5 de mayo y el RD 1710/1997, de 14 de noviembre. Ahora bien, como señala dicha norma, les será de aplicación la Ley «en aquéllos aspectos que pudieran ser más favorables».
2. Regulada por la Ley 5/1984, de 26 de marzo y su reglamento de desarrollo, RD 203/1995, de 10 de febrero, sin perjuicio de atender también a los Tratados Internacionales, como el Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951 y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 y diferentes acuerdos europeos sobre exención de visado y transferencia de responsabilidad, Estado responsable del examen de solicitudes.
3. Pablo Santolaya Machetti, *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Valladolid 2000, pags. 14 y 15.
4. Véase la Proposición no de Ley de 9 de abril de 1991 del Congreso de los Diputados en donde se señala que «la política española hacia los extranjeros residentes en nuestro país debe estar basada en la más amplia igualdad de derechos con los españoles, de acuerdo con la Constitución y la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Para ello, los poderes públicos deben llevar una acción decidida para asegurar la integración social de los extranjeros en la comunidad nacional, así como promover la modernización y adecuación de la infraestructura administrativa encargada de la gestión de la extranjería».
5. Así se planteaba como enmienda por el Grupo popular que se modificara tal artículo 3, párrafo primero, para adecuarlo perfectamente con

- el art. 13.1 de la Constitución, como hacía el art. 4.1 de la LO 1/85.
6. Las conductas discriminatorias pueden ser sancionables penalmente, así el art. 314 del Código Penal señala que «los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de... su pertenencia a una etnia, raza o nación,... y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses».
 7. Véase los arts. 7 a 10 de la LO 1/1985.
 8. En las enmiendas 13 y 14 del Grupo popular se condiciona a los extranjeros residentes regularmente en nuestro país.
 9. Véase Diego Iñiguez Hernández, «Comentario al art.10 y 11», en Pablo Santaolaya Machetti (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, pags. 83 a 86, 91-92. Esta posición se pretendió modificar en la enmienda núm. 18 del Grupo popular en el Senado reduciendo el derecho a los que tuvieran «autorizados a trabajar». Es más, igual condición se establecía para el acceso a la Seguridad Social.
 10. Condicionado el derecho a los «autorizados a trabajar» por la enmienda núm. 19 del Grupo popular del Senado.
 11. Véase Diego Iñiguez Hernández, «Comentario al art. 12», en Pablo Santaolaya Machetti, Ob. Cit., pag. 97 a 99. Respecto al derecho de acceso al sistema de ayudas en materia de vivienda, la enmienda núm.22 del Grupo popular del Senado, pretendía suprimir la referencia a «los que se encuentren en España inscritos en el Padrón del municipio en el que residan habitualmente», y que el derecho se diera en «las mismas condiciones que los españoles». Todo por cuanto el derecho es reconocido en el art. 47 de la C.E. a favor de los españoles y sólo debería atribuirse a los extranjeros residentes legales en condiciones no de igualdad.
 12. La entiendo incondicionada porque difícilmente se daría cumplimiento estricto al mandato internacional en el que se une el derecho del niño con el de la madre, por lo que, por razones sistemáticas, conviene entender unido el párrafo tercero al cuarto, pues de otra manera no hubiera nacido como supuesto aparte del referido primeramente.
 13. Conviene tener presente el concepto de familiares a los efectos legales: a) cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley; b) los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no estén casados. Cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo; c) los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal; d) los ascendientes del residente extranjero cuando dependan económicamente de éste y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España; e) cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias.
 14. En este punto, las enmiendas núms. 24 y 25 del Grupo popular del Senado pretendían centrar el derecho a favor del residente legal, no de los familiares, y condicionar la permanencia una vez producida la ruptura, a que se hubiera convivido 2 años en España o un mínimo de 6 meses cuando «concurran circunstancias familiares» que así lo justificaran. Lo cual iba en consonancia con el art. 54.5 y 60.2.c) del RD 155/1996, de 2 de febrero.
 15. Véase también la mejora del régimen de expulsión en el art. 53.3 de la Ley.
 16. Disposición que pretendía limitar el Grupo popular del Senado, en la enmienda núm. 29, a los extranjeros que se hallaran en España. Lo dicho plantea el problema de la asistencia jurídica y tutela efectiva de los extranjeros en sus respectivos países ante las resoluciones de nuestra representaciones diplomáticas y consulares.
 17. No hay en la Ley procedimiento de expulsión de urgencia, por lo que, con independencia de que esta norma vaya a ser objeto de reforma en el sentido de la enmienda núm. 31 del Grupo popular del Senado que hacía referencia a los expedientes de expulsión con carácter preferente, se entiende que se propone para la aplicación de los supuestos del art. 24.2, 54.2 y 56 de la Ley (Diego Iñiguez Hernández, «Comentario al art. 19» en Pablo Santaolaya Machetti, Ob.cit., pag. 135).
 18. Salvo en los casos de supuestos de reagrupamiento familiar (art.16.2), menores en situación de riesgo o desamparo (art. 32) y refugiados (art. 31).

19. Ver los arts. 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 12.4 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales y 3.2. del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, Protocolo cuarto. En cuanto al asilo, un principio de «*ius cogens*» que se da por la escasa virtualidad del derecho de asilo, es aquél por el cual el extranjero no puede ser rechazado, expulsado o devuelto a un tercer país, si en él corre un peligro cierto de que su vida, integridad física o moral sean violados, que viene recogido en el art. 12 de nuestra Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de asilo y de la condición de refugiado —en consonancia con el art. 33 del Convenio de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados. Por otra parte, el solicitante de asilo tendrá derecho a permanecer provisionalmente en nuestro territorio (art. 11 del RD 203/1995, de desarrollo de la Ley), por lo que presentada en la frontera logrará el propósito de no ser expulsado hasta que sea inadmitida dicha solicitud.
20. Se refiere al supuesto de apátridas, es decir de sujetos a los que su Estado no les reconoce su nacionalidad, aplicándose el art. 27 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.
21. Hay que tener presente que, sin perjuicio de la larga lista de países, sobre todo hispanoamericanos, con los que España tiene convenio, estamos sometidos por el Reglamento 2317/1995, de 25 de Septiembre del Consejo de la Unión Europea, a pedir visado en el caso de los países señalados en lista que adjunta, para los que no están, se permite que nuestro Estado actúe con completa libertad. Por otra parte el Reglamento 1683/1995, de 19 de mayo, establece un modelo uniforme de visado para estancias inferiores a 3 meses o para tránsito a través de su territorio o zona de tránsito de un aeropuerto que tuvo su expresión en el art. 20.2 y 21 del RD 155/1996.
22. La enmienda núm. 34 del Grupo popular del Senado pretendía condicionar la entrada a no tener prohibición expresa y «Asimismo, deberá presentar los documentos que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España».
23. La enmienda núm. 36 del Grupo popular del Senado pretendía la supresión de la información sobre régimen de recursos y asistencia letrada, por cuanto entendía que a quien era denegada la entrada no tenía derecho a ella, sin perjuicio de mantener lo expuesto en general para el Procedimiento Administrativo Común respecto a los recursos.
24. En este punto, es más adecuado el texto propuesto por la enmienda núm. 37 del Grupo popular del Senado —paso al Proyecto de la Cámara— que entendía que tal documento permitía el derecho a solicitar a la entrada en nuestro territorio.
25. En este punto, el RD 155/1996, en el art. 25.3, también establecía dicha posibilidad, indicando que, a continuación, se podría mantener una entrevista personal, con el fin de comprobar la identidad del solicitante, la validez de la documentación, la regularidad de la estancia o residencia o el motivo, itinerario, duración del viaje y garantías del retorno.
26. El Grupo popular del Senado llevó al Proyecto varias modificaciones: 1.º) En la enmienda núm. 38 se pretendía con relación al párrafo segundo que reglamentariamente se tratara la concesión o expedición de los visados, sin establecer causas específicas para hacerlo —en la línea de discrecionalidad tradicional—. 2.º) Línea mucho más marcada por la supresión de los condicionantes del párrafo tercero, ya que la concesión y denegación se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana».
27. En este punto el régimen es más beneficioso que el establecido por el art. 26.1 a) de la LO 1/1985 que permitía la expulsión del extranjero. Así también la Enmienda núm. 92 del Grupo popular del Senado.
28. Se trata de una lista de personas que figuran inscritas en el Sistema de Información de Schengen, como buscadas para su detención, extradición, personas desaparecidas, bajo protección de las autoridades.
29. Así la enmienda núm. 47 del Grupo popular del Senado proponía la modificación de la norma, fijando dicha regularización sólo a favor de aquéllos que hubieran obtenido un permiso de residencia que lo hubieran renovado dos veces, permaneciendo en nuestro territorio desde la caducidad de la autorización.
30. Yolanda Martínez Cano-Cortés, «Comentario al art. 37» en Pablo Santaolla Machetti, Ob.cit., pag. 210-211.
31. Supuesto suprimido por la enmienda núm. 61 del Grupo popular del Senado, para abrirlo a

- cualquier circunstancia que se estableciere reglamentariamente.
32. En el mismo sentido la Enmienda núm. 92 del Grupo popular del Senado que pretende se trate como sancionable con expulsión, si bien limitado a los casos en que no se tenga el permiso de residencia también.
33. Cuando se trate de: 1.º) nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años; b) los que tengan reconocida la residencia permanente, salvo que estén inmersos en los apartados a), b), c) f) del art. 50 y g) del art. 49; c) los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad; d) los que sean beneficiarios de una prestación de incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de una

accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral, salvo que la sanción se ponga por haber realizado alguna de las infracciones reconocidas en los apartados a), b), c) y f) del art. 50 y g) del art. 49. En el mismo sentido respecto a los cónyuges, ascendientes e hijos menores o incapaces que se encuentren en alguna de las situaciones descritas y residan en España desde hace dos años; o de mujeres embarazadas cuando la medida pone en riesgo la gestación o la salud de la madre.

